

## A garantia constitucional do devido processo legal

R. REIS FRIEDE (\*)

Juiz Federal - RJ

Não obstante a clássica aceção singular da garantia do devido processo legal <sup>(1)</sup>, entende-se, modernamente, por esta fórmula um conjunto complexo e plural de "diversas garantias constitucionais" que, associados aos parâmetros da ética e da moral, buscam, em última análise, assegurar o correto exercício da jurisdição, ao mesmo tempo que legitimam o próprio poder jurisdicional exercido pelo julgador e titularizado pelo Estado-Juiz.

(\*) Reis Friede é Magistrado Federal, Mestre e Doutor em Direito. Professor Titular e Coordenador Geral dos Cursos de Pós-Graduação em Direito do CED/UNESA.

(1) - **Due Process of Law** - Consoante ensinamentos de Humberto Theodoro Jr. (in "O Processo Civil e a Garantia Constitucional do Devido Processo Legal"), "o due process of law forjado pela cultura anglo-saxônica é, sem dúvida, uma das grandes ou maiores conquistas da humanidade em sua permanente luta contra o autoritarismo e a prepotência dos que assumem o governo político dos povos e contra as estruturas frias e insensíveis do Estado pré-democrático. Manifestado primitivamente como reação da nobreza contra os julgamentos de organismos da coroa que se preocupavam apenas em satisfazer a vontade indiscutível do monarca, o princípio se instalou na velha Inglaterra de João Sem Terra, como uma exigência de que todos os senhores feudais tinham direito de ser julgados por um Tribunal formado entre seus pares e segundo as leis da Terra. Forjavam-se, assim, com a Carta Magna em plena Idade Média, isto é, nos princípios do Século XIII, idéias como a do Juiz Natural e a do princípio da legalidade.

Mais tarde surgiu, ainda na Inglaterra, a expressão "devido processo legal" como indicativa do direito do indivíduo a um processo regularmente disciplinado ou ordenado.

Foi, todavia, no Continente Americano que se trabalhou e se desenvolveu até os níveis atuais o conceito moderno do **due process of law**.

Consolidou-se no constitucionalismo norte-americano a garantia fundamental de que o **judicial control** é a garantia maior, na democracia, para o indivíduo contra todo e qualquer desmando dos titulares do poder. E nesse contexto de direito constitucional, a "pedra de toque" da garantia jurisdicional se situa no princípio do devido processo legal.

Nessa ordem de idéias, o constitucionalismo norte-americano não se limitou mais a exigir do Estado que assegurasse um processo devidamente ordenado. As próprias regras de direito material a serem aplicadas deveriam ser razoáveis, não arbitrárias, nem caprichosas, cabendo aos magistrados e legisladores a adoção de meios que tivessem um "real e substancial nexos com o objetivo que se menciona atingir", segundo o atestado da Suprema Corte, transmitido pela lição de Oliver Holmes (cf. Nagib Slaibi Filho, "Anotações à Constituição de 1988", Rio. Forense, 1989, pág. 225).

Dentro de um quadro de semelhantes proporções, o direito processual passou a ocupar, científica e politicamente, uma posição de destaque, outrora desconhecida e nem sequer imaginada.

Foi, de forma prática e útil, o direito norte-americano quem chamou a atenção da cultura ocidental para um fato, ao mesmo tempo, muito simples e muito significativo: não basta, no plano das grandes instituições jurídicas, a declaração de direitos, nem tampouco a definição de órgãos competentes para a sua tutela. Acima de tudo, é imperioso que o titular do direito declarado possa contar com instrumentos e mecanismos de provocação e atuação efetiva das garantias jurídicas. E ninguém mais adequada para prestar essa tutela jurídica do que o Poder Judiciário.

É intuitivo que o drama maior da realização do Direito, qualquer que seja seu ramo, é sempre vivido no processo, para o qual o sistema jurídico democrático programou a função relevantíssima de debater e pacificar os conflitos de interesse.

Convivendo, por isso, em estreita intimidade com o direito constitucional, as normas processuais atingem elevadíssimo destaque no Estado Democrático de Direito, já que, na grande maioria dos casos, a efetividade dos princípios e garantias fundamentais não pode ser alcançada a não ser por via do processo.

"Entende-se, com essa fórmula (devido processo legal), o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição." (2)

(2) - Direito ao Procedimento Adequado:

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao rito (procedimento) adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controversa.

Deve ser recordada a esse especial propósito a imperatividade - e, por consequência, inafastabilidade por livre convenção das partes - das regras processuais (normas eminentemente de direito público) de modo geral e, em especial, às relativas aos ritos processuais.

O Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) nesse particular, expressamente prevê a existência de dois procedimentos ou, nos dizeres de José Joaquim Calmon de Passos, in "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III, 6ª ed., pág. 7, "modos pelos quais os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo ou modos de atuar em juízo", fundamentais: o comum e o especial.

O procedimento (ou rito) comum, na qualidade de 'espinha dorsal' da lei processual civil em vigor, se subdivide por seu turno, em ordinário e sumaríssimo, passando pelo sumário, inerente à ação e ao processo cautelar, disciplinados no Livro III do CPC atual.

Não obstante a existência de algumas críticas, de natureza doutrinária, o rito comum sumaríssimo foi restabelecido pelo Código de 1973, como um procedimento capaz de responder de modo mais rápido e econômico (portanto, eficiente), a uma série de situações de conflito suscetíveis de sofrer andamento menos formal e menos demorado que o rito-regra (comum ordinário) após ter sido, por longo período, repudiado, quando da vigência do Código de 1939.

Consoante os dispositivos legais, expressamente previstos pelo atual CPC em vigor, especialmente no artigo 275 verbis:

"Observar-se-á o procedimento sumaríssimo:

I - nas causas, cujo valor não exceder vinte (20) vezes o maior salário mínimo vigente no país;

II - nas causas, qualquer que seja o valor:

a) Que versem sobre a posse ou domínio de coisas móveis e de semoventes

b) De arrendamento rural e de parceria agrícola.

c) De responsabilidade pelo pagamento de impostos, taxas, contribuições, despesas e administração de prédio em condomínio

d) De ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico.

e) De reparação de dano causado em acidente de veículos

f) De eleição de cabecel.

g) Que tiverem por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto à distância de prédios, plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias

h) Oriundas de comissão mercantil, condução e transporte, depósito de mercadorias, gestão de negócios, comodato, mandato de edição.

i) De cobrança da quantia devida, a título de retribuição ou indenização, a depositário e leiloeiro.

j) Do proprietário ou inquilino de um prédio para impedir, sob cominação de multa, que o dono ou inquilino de um prédio vizinho faça dele uso nocivo à segurança, sossego ou saúde dos que naquele habitam.

l) Do proprietário do prédio encravado para lhe ser permitida a passagem pelo prédio vizinho, ou para restabelecimento da servidão de caminho, perdida por culpa sua.

m) Para a cobrança dos honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial. O atual direito processual impõe a observação do procedimento comum sumaríssimo em 2 (duas) diferentes situações: a) pelo critério *ratione materiae* (art. 275, II do CPC) e b) pelo critério em razão do valor da causa (art. 275 I, do CPC).

Em ambos os casos a regra é imperativa, considerando serem as normas relativas ao processo de direito público com a consequente prevalência do interesse social e da justiça sobre o interesse individual e privado das partes.

"Retirada a faculdade de as partes pactuarem quanto à adoção do rito sumaríssimo, não há por que se invocar a autonomia da vontade privada. Processo é direito público e a forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas tendo em vista os interesses de justiça do processo" (Calmon de Passos citado por Jônatas Milhomens, in *Do Procedimento Sumaríssimo*, Forense).

"Ao nosso ver é inadmissível a substituição do procedimento sumaríssimo pelo ordinário (e vice-versa), quer por opção exclusiva do Autor, quer mediante acordo das partes" (José Carlos Barbosa Moreira, in *O Novo Processo Civil*, vol. I, pág. 158).

"Firmou-se a jurisprudência no sentido de não permitir a escolha, pois o Código estabeleceu os dois sistemas, precisando quais as causas expressamente submetidas ao sumaríssimo" (Jônatas Milhomens, in *Do Procedimento Sumaríssimo*, Forense, 1986, pág. 25).

"As normas processuais são de direito público, tendo em vista os interesses da justiça e não os das partes" (Jacy de Assis Comens, II, pág. 57/58).

"A norma preceituada no artigo 275 caput, é um ordenamento imperativo: Observar-se-á o procedimento. Verifica-se, portanto - diz categoricamente Severino Muniz - que o dispositivo legal em epígrafe não deixa margem para dúvidas quanto à obrigatoriedade da obediência ao rito em estudo" (Severino Muniz, citado por Jônatas Milhomens, ob. cit., pág. 25).

"Não há disponibilidade de rito. Não é de se aceitar com amplitude a tese de que se possa preferir o rito ordinário ao que chamáramos de sumaríssimo. Ambos são formas de procedimento comum e cabe, em princípio, ao Estado dizer qual dos dois é o mais adequado para a realização da justiça" (Ac. da 1ª Câmara, TJ do Rio Grande do Sul de 3-9-74, Luz III, nº 5.352).

"Não podem as partes optar pelo procedimento ordinário nos casos em que a lei prescreve o procedimento sumaríssimo" (Ac. unân., da 2ª Câmara, TJ de Goiás, de 14-4-78, Rev. Goiana de Jurisp. 12/192).

"O tipo de procedimento não está apto ao poder dispositivo das partes, não podendo o autor optar pelo procedimento ordinário quando a lei impõe para a causa o sumaríssimo, dado o valor dela" (Ac. da 4ª Câmara, TJ de Minas Gerais de 1-10-79, Luz III, nº 5.374-A).

Pela primeira vez na Constituição brasileira, o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantido que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, inc. LIV).

O conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5º, incs. XXXVII e LIII); e b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.

Assim, o contraditório e a ampla defesa vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativo, desde que neles haja litigantes ou acusado (art. 5º, inc. LV).

Procura-se, ainda, dar concretude à igualdade processual - que decorre do princípio da isonomia, inscrito no inciso I do artigo 5º - transformando-a no princípio dinâmico da *par condicio* ou da igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil, e da acusação e defesa, no processo penal.

"Não é admissível a opção, a preferência por parte do autor pelo procedimento ordinário, em substituição ao sumaríssimo, diante do valor da causa, devendo as partes sujeitarem-se ao procedimento imposto pela lei processual. A forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas no da Justiça" (Ac. unân., do TJ de Mato Grosso de 7-7-75, An. For. 32/263).

"Não podem as partes optar pelo procedimento ordinário nos casos em que a lei prescreve procedimento sumaríssimo" (Ac. unân., do 2º Grupo de Câms. do TJ do Rio de Janeiro, 23-3-77, Rev. de Jur. 64/188).

"Não há, na realidade, razão alguma para se pretender que o autor escolha determinado rito processual, quando o sistema do Código estatui dois procedimentos comuns: o ordinário e o sumaríssimo, aquele adequado em não existindo disposição especial do mesmo Código ou de lei especial; o segundo se constitui na disposição em contrário, a prescrição do rito sumaríssimo em função da natureza da ação e do seu valor" (Ac. unân., da 6ª Câmara, TJ de São Paulo, de 6-9-74, Luz III, nº 5.486-B).

"A opção, pelo procedimento ordinário em lugar do sumaríssimo, é inadmissível, em face da infungibilidade do procedimento" (Ac. unân., da 1ª Câmara, TJ de Pernambuco de 17-7-76, Rev. dos Tribunais, 491/207).

"Não se permite que a atividade processual se desenvolva segundo melhor pareça às partes. A prefação do modo de agir em juízo busca constituir um modelo de procedimento aplicável ao maior número de casos possíveis. Esse modelo, o mais abrangente, é denominado de procedimento comum. O procedimento comum, no Código, foi diversificado em ordinário e sumaríssimo. Não se distingue, tendo em vista a natureza da pretensão que visam a atuar, quer a de direito material, insita no mérito quer a de direito processual. Apenas no sumaríssimo os prazos foram reduzidos, os atos concentrados e acentuada a oralidade. É um procedimento comum de rito ordinário, vale dizer, com prazos mais dilatados, fases menos concentradas e oralidade menos intensa" (Ac. unân., da 5ª Câmara, do TA de São Paulo de 28-5-75, julgados T. As. Civic. de São Paulo, 35/138).

"A instituição do procedimento sumaríssimo conformou-se à previsão constitucional, informada do objetivo de assegurar descentralização e economia da justiça e com xidade das partes - artigo 112, parágrafo único, da Constituição Federal. Pouco se dá não tenha a feição correta do sumaríssimo alcançado de todo aquelas finalidades, especialmente no que concerne à descentralização. Inconsciuso, entretanto, que se manteve fidei à inspiração dos critérios constitucionais de economia do juízo e comodidade das partes. Ambas coordenadas repudiam preocupações exegéticas situadas sob perspectiva de só conveniência do autor ou das partes" (Ac. unân., da 6ª Câmara, do 1º TA de São Paulo, de 15-2-77, julgados, 45/49).

"O rito sumaríssimo é norma de direito público, indisponível, não podendo a parte deixar de adotá-lo, à sua conveniência" (Ac. unân. 21.211 da 1ª Câmara, do TJPR de 7-10-80, na ap. 1.207/80 rel. des. Silvio Romero, PRJ 38/142).

Por efeito, quando o valor atribuído à causa - em perfeita sintonia com o reflexo do conteúdo econômico da pretensão vindicada na inicial (artigo 275, I do CPC), independente da matéria versada nos autos (artigo 275, II do CPC) -, for inferior a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País, impõe-se a imperatividade da norma processual de ordem pública, restan do obrigatória a observação do rito comum sumaríssimo, pelas partes, com todas as suas consequências jurídico-processuais.

"Se o valor da causa é inferior a vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País, deve ser adotado o procedimento sumaríssimo" (Ac. unân., da 1ª Câmara, do TJRJ de 4-2-82, no CC 686, rel. des. Fonseca Passos).

Esta é a conclusão lógica - pelos critérios da moderna hermenêutica - considerando, sobretudo, a própria sanção de indeferimento da inicial, expressamente prevista no artigo 295 V do CPC quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação ( ).

"Quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação, deve o juiz indeferir a petição inicial" (Código de Processo Civil Anotado, II, pág. 50 nº III citado por Jônatas Milhomens in *Do Procedimento Sumaríssimo*, Forense, pág. 25).

"Não pode o autor, ainda que convenha ao réu, imprimir o rito ordinário à causa para a qual esteja previsto o sumaríssimo ou adotar o procedimento comum, quando traçado o especial" (Alexandre de Paula, in *"CPC anotado"*, Vol. II).

Portanto, quando o autor ajuizar a ação pelo rito comum ordinário, atribuindo à causa o valor inferior ao parâmetro estabelecido no artigo 275, I, do CPC (20 vezes o maior salário mínimo vigente no País) - que determina expressamente a obrigatoriedade da observação do rito comum sumaríssimo - estará o mesmo incurso por via de consequência no disposto no artigo 295 V, do CPC, verbis:

"A petição inicial será indeferida:

V - quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferido, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal."

Por efeito, considerando as regras básicas de interpretação normativa, a sua peça vestibular deverá ser, de plano, indeferida.

"Se o procedimento escolhido é inadequado, porque outro o é expressamente previsto para a causa, quer tendo em vista sua natureza quer atendendo ao seu valor, indefere-se a inicial" (José Joaquim Calmon dos Passos in *Comentários ao Código de Processo Civil* vol. III Forense 6ª ed. pág. 276).



Como novas garantias, publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais são elevadas em nível constitucional (arts 5º, inc LX, e 93, inc IX).

As provas obtidas por meios ilícitos são consideradas inadmissíveis e, portanto, inutilizáveis no processo (art 5º, inc LVI)

A nova garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio (art 5º, inc XI) não chega ao ponto de impedir que esta sofra restrições impostas pela lei para permitir ao juiz - ou à autoridade policial, em caso de prisão em flagrante - a imposição de medidas conservativas

Também o sigilo das comunicações em geral e de dados é garantido como inviolável pela Constituição vigente (art 5º, inc XII) Daquelas, somente as telefônicas podem ser interceptadas, sempre segundo a lei e por ordem judicial, mas apenas para efeito de prova penal.

Ainda há garantias específicas para o processo penal. Assim, pela primeira vez é reconhecida a presunção de não-culpabilidade do acusado (art 5º, inc XVIII); veda-se a identificação criminal datiloscópica de pessoas já identificadas civilmente, ressalvadas as hipóteses a serem previstas em lei (art 5º, inc XVIII), prevê-se, em nível constitucional, a indenização pelo erro judiciário e pela prisão que supere os limites da condenação (art 5º, inc LXXV). E a prisão, ressalvadas as hipóteses do flagrante e das transgressões e crimes propriamente militares, só pode ser ordenada pela autoridade judiciária competente (art 5º, inc LXI) (3)

Determina a Constituição, ainda que a prisão seja imediatamente comunicada ao juiz (artigo 5º, inc LXII), o qual a relaxará, se ilegal (art 5º, inc LXV) Ainda no campo das investigações policiais, é assegurado o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório (art 5º, inc LXIV). A liberdade provisória, com ou sem fiança, é garantida nos casos previstos em lei (artigo 5º, inc LXVI). Finalmente, a incommunicabilidade de preso é vedada pela norma que lhe assegura, junto com a informação sobre os próprios direitos - inclusive o de permanecer calado - a assistência do defensor e da família (artigo 5º, inc LXIII)

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional.

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à "ordem jurídica justa". Até porque, apesar de minuciosa, a nova Constituição do Brasil ainda preservou a fórmula norte-americana dos direitos implícitos, ao advertir, no § 2º do artigo 5º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (A. C. de Araújo Cintra, A. P. Grinover e Cândido R. Dinamarco in "Teoria Geral do Processo", 9ª ed., Malheiros ed., SP, 1992, págs. 75 e seg.)

(3) - Inquérito Policial:

A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada inquérito policial, como bem salientam os autores citados, não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o novo texto constitucional, pois nela ainda não há acusado, mas mero indiciado. Permanece de pé a distinção do Código de Processo Penal que trata do inquérito nos artigos 4º e 23 e da instrução processual nos artigos 394 e 405

A este respeito, a orientação doutrinária mais acertada, em nosso entender, repousa na noção processual contemporânea que interpreta as garantias do devido processo legal de forma ampla e assente, sobretudo, no substrato da absoluta imparcialidade do juiz e do órgão jurisdicional.

O próprio princípio do Juiz Natural, sob esta ótica, pode ser resumido, em termos latos, à noção básica do Juiz imparcial, não obstante o mesmo (desdobrado modernamente em três vertentes: a) somente são órgãos jurisdicionais aqueles instituídos expressamente pela Constituição Federal; b) ninguém pode ser julgado por órgão jurisdicional que não seja constituído antes da caracterização da lide (vedação aos juízos e tribunais *ad hoc* e de exceção); c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade (garantia do juiz competente - artigo 5º, inciso LIII, da CF/88)) ser considerada, à luz da moderna concepção do Direito Constitucional-processual (4), insuficiente para garantir a efetiva imparcialidade do Julgador, como bem advertem Vescovi e Vaz Ferreira (Vescovi, Enrique et Vaz Ferreira, Eduardo, "Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil", Milão, Giuffrè, 1973, pág 108), para quem resta ainda necessário, para assegurar plenamente aquele desiderato, a autonomia e a independência (5) do órgão titularizado pelo Julgador.

Nessa linha de raciocínio, deve também ser observado que os órgãos judicantes não agem - e nem devem agir - como simples repetidores mecânicos de regras legisladas. A tarefa de aplicar a lei abstrata ao caso concreto, através da correta aplicação normativa (consoante as regras do sistema hermenêutico), transcende, em muito, a simples e automática adaptação do direito objetivo (*norma agendi*) às peculiaridades e vicissitudes da lide para caracterizar a autêntica "construção judicial do direito, através do processo, como um verdadeiro compromisso entre a estabilidade e a evolução; a regra e o ideal de justiça; o indivíduo e o grupo; a liberdade e o governo" (Benjamin Cardozo in "A Natureza do Processo e a Evolução do Direito", 3ª ed., P. Alegre, Ajuris, 1978).

(4) - Direito Constitucional - Processual:

Segundo Humberto Theodoro Jr. in: "O Processo Civil e a Garantia Constitucional do Devido Processo Legal", (art. cit.) o denominado Direito Constitucional-Processual nasceu à luz da evolução sofrida pelo processo dentro do moderno Estado de Direito e das grandes e profundas modificações que se operaram no tratamento legislativo e doutrinário do direito processual, que se deslocou de sua modesta feição "praxista" (simples "instrumento" ou "auxiliar" do direito privado) para ocupar destacado no lugar entre os ramos do direito público: assumiu assim a posição do verdadeiro estatuto de uma das funções soberanas do Estado, qual seja, a jurisdição.

Com essa publicização, e com os reflexos da socialização do Estado, com maior ou menor intensidade em cada país, o processo se revelou, de forma indubitável, como o instrumento mais apropriado para a proteção dos direitos fundamentais já que, desde então, deixou de ser visto como simples *chose privée des parties*.

Em alusão à tese acima exposta, vários outros doutrinadores como Paulo Bonavides (in "Direito Constitucional", Rio, Forense, 2ª ed., 1986; pág 14) passaram a admitir esse novo "capítulo do direito constitucional" formado à base da aproximação e inter-relacionamento da Constituição e do Processo, procurando condensar a metodologia e a sistemática dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Baracho chegou até mesmo a afirmar que o Estado de Direito promoveu a "constitucionalidade da justiça", uma vez que foram os instrumentos processuais que possibilitaram a plena realização da justiça programada pela Constituição (Baracho, José Alfredo de Oliveira in Processo Constitucional Rio, Forense 1984 pág 126/6)

(5) - Autogoverno do Poder Judiciário:

Consoante ensinamento da Ada Pellegrini Grinover (ob. cit. pág. 140) "a garantia de autogoverno foi ampliada pela Constituição de 1988, de modo a compreender, ao lado da autonomia administrativa, a financeira consistindo na prerrogativa de elaboração de proposta orçamentária (artigo 99) e na gestão das dotações pelos próprios tribunais".

Assim, compete aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos (Constituição, artigo 96, inciso I, "a"); organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados (artigo 96, inciso I, "b"); prover os cargos de juiz de carreira (artigo 96, inciso I, "c"); propor a criação de novas varas judiciais (artigo 96, inciso I, "d"); prover os cargos necessários à administração da justiça (artigo 96, inciso I, "e"); conceder licenças, férias e afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores (artigo 96, inciso I, "f") (Ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a Constituição ainda confere a iniciativa legislativa para a alteração do número de membros dos tribunais inferiores (artigo 96, inciso II, "a"); a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes e dos serviços auxiliares e dos juízes vinculados (artigo 96, inciso II, "b"); a criação ou extinção dos tribunais inferiores (artigo 96, inciso II, "c"); a alteração da organização e da divisão judiciárias (artigo 96, inciso II, "d").

As garantias do artigo 96 da Constituição de 1988 visam essencialmente a estabelecer a independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Mas se é absoluta essa independência no que respeita ao desempenho de suas funções, não se pode dizer o mesmo no tocante à organização do Poder Judiciário, a qual depende frequentemente do Poder Executivo ou do Legislativo, quando não de ambos, na medida em que prevalece entre nós, quanto ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores federais, o sistema de nomeação dos magistrados pelo Executivo, com aprovação do Senado Federal. É por isso que a independência do Judiciário, absoluta quanto ao exercício de suas funções não o é no que respeita à constituição dos tribunais.

As garantias instituídas pela Constituição para assegurar a imparcialidade, a autonomia e a independência do Juiz e, por extensão, do Poder afeto à função jurisdicional – como condição funcional derradeira do devido processo legal –, é importante ratificar, correspondem à denominada independência política do Judiciário e de seus órgãos, cuja manifestação última é verificada por intermédio do autogoverno (prerrogativa inerente ao próprio Poder Judiciário que se realiza no exercício efetivo de atividades normativas e administrativas típicas de auto-organização e auto-regulamentação) <sup>(6)</sup> e nas denominadas garantias pessoais (que concernem diretamente aos órgãos julgadores e, particularmente, a seus Juízes) como a vitaliciedade (consistente no fato de o Magistrado não poder perder o cargo, senão por sentença judiciária transitada em julgado (art. 95, I, da CF/88) <sup>(6)</sup>, e inamovibilidade (consistente na impossibilidade de o Juiz ser removido de um Juízo, sede, instância, comarca (ou seção judiciária) e tribunal (incluído a turma ou câmara) – sem o seu consentimento (art. 95, II, da CF/88) –, salvo no caso específico de relevante interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal a que se encontrar vinculado o Juiz (art. 93, VIII, da CF/88) <sup>(7)</sup> e a irredutibilidade de vencimentos (assegurado pelo art. 95, III, da CF/88, em termos nominais, consoante entendimento manifestado pelo STF) <sup>(8)</sup>, além dos denominados impedimentos (vedações várias ao exercício de determinadas atividades pelos Magistrados que visam assegurar às partes a absoluta imparcialidade do Juiz e do julgamento por ele presidido) <sup>(9)</sup>.

Além dessa independência política (e estribada na mesma), existe, ainda, como consequência última do *due process of law* a denominada independência jurídica dos Juízes, a qual subtrai o Magistrado de qualquer tipo ou forma de subordinação hierárquica em relação a qualquer pessoa ou órgão judicante (ou não) – inclusive, e principalmente, os órgãos jurisdicionais de instância superior – no desempenho de suas atividades funcionais, permitindo ao Juiz livre exercício de seu mister apenas e tão-somente subordinado à lei *latu sensu* e aos ditames de sua consciência jurídica.

(6) – Vitaliciedade e Estabilidade:

A diferença entre a vitaliciedade (assegurada pelo atual ordenamento jurídico-constitucional em vigor apenas aos membros da Magistratura – Ministério Público e Tribunais de Contas) e a estabilidade (assegurada a todos os funcionários públicos – artigo 41, § 1º, da CF/88) repousa no fato de que, no primeiro caso, a perda do cargo só pode se dar através de sentença judicial transitada em julgado, enquanto que no segundo é possível a perda do cargo por procedimento administrativo.

Não é por outra razão que a parcela majoritária da doutrina rechaça a aplicação do artigo 26, II, da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – parcialmente em vigor) que disciplina a perda do cargo do Magistrado vitalício por intermédio de procedimento administrativo nas hipóteses contempladas pelo artigo 114 da CF/67.

O Juiz Substituto, classe inicial da carreira da Magistratura, só adquire a vitaliciedade após dois anos – podendo perder o cargo, nesse período, por simples deliberação no Tribunal a que estiver vinculado (art. 95, I, da CF/88).

É imperativo esclarecer que a vitaliciedade não impede que o Juiz seja aposentado compulsoriamente por interesse público, ou aos setenta anos, ou por invalidez comprovada (artigo 93, inciso VI), ou ainda colocado em disponibilidade pelo voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa (artigo 93, inciso VIII).

A colocação do Juiz em disponibilidade, bem como sua aposentação pelo procedimento do artigo 93, inciso VIII, da Constituição que se resolvem em processos os administrativos conduzidos pelo Poder Judiciário, são passíveis de revisão jurisdicional por sentença judiciária. Assim também ocorre com a perda do cargo pelo Juiz durante o estágio probatório (artigo 95, inciso I).

(7) – Disponibilidade

A garantia da inamovibilidade também alcança a disponibilidade, na medida que, – em sendo decisão de cunho administrativo –, sempre estará sujeita a revisão jurisdicional através do competente processo.

(8) – Irredutibilidade de Vencimentos

A garantia da irredutibilidade de vencimentos não impede a incidência de quaisquer tributos sobre o vencimento dos Juízes nos termos do artigo 95, III, c/c artigo 150, II e 153, III, todos da CF/88.

(9) – Impedimentos Constitucionais

Os impedimentos constitucionais dos juízes consistem em vedações que visam a dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando, assim, uma garantia para os litigantes.

O artigo 95, parágrafo único, da CF/88 impede ao Juiz exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (inciso I); receber a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo (inciso II); dedicar-se a atividade político-partidária (III).